بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٦٢٩
بتاريخ :	٢٠١٠/١١/٨

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٧٨

السيد الأستاذ المستشار/ نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس اللجنة الأولى لقسم الفتوى

تحية طيبة ....وبعد

اطلعنا على كتابكم رقم ١٠٣ المؤرخ ٢٠١٠/٤/٢٢، فى شأن مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى مشروع عقد خدمات إدارة المخلفات الصلبة لأحياء (الدقى ــ العجوزة ــ شمال الجيزة) والمزمع إبرامه بين الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة والشركة الدولية للإنشاءات الحديثة.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق– أنه بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٩ تم إبرام عقد النظافة العامة لأحياء العجوزة والدقى وشمال الجيزة بين الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة والشركة الدولية للإنشاءات الحديثة ومجموعة من الشركات الإيطالية ، وتضمن البند التاسع عشر من هذا العقد النص على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى أى نزاع ينشأ عن تفسير العقد أو تنفيذه أو بسببه، وبتاريخ ٢٠٠٦/١٠/٩ قرر مجلس الوزراء إعادة دراسة عقود شركات النظافة فى القاهرة والجيزة والاسكندرية لعلاج التشوهات فى العقود القائمة، وإعادة صياغتها بحيث يتم التوصل إلى عقد نمطى، يستند إلى معايير دولية يتم بحثه مع السادة المحافظين المعنيين قبل إقراره، وأنه بعرض النسخة النهائية من العقد النمطى المشار إليه على مجلس إدارة الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة فى ٢٠٠٨/١٢/٣ اعترض على بعض البنود الواردة فيه، ومنها النص على اللجوء إلى التحكيم فى شأن أى نزاع ينشأ بين طرفى العقد، وانتهى المجلس إلى عرض مشروع العقد الجديد بين الهيئة وشركة النظافة على مجلس الدولة لمراجعته،

وبعرض العقد على اللجنة الأولى لقسم الفتوى انتهت بجلسة ٢٠٠٩/٩/١٢ إلى إدخال بعض التعديلات عليه، ومنها حذف المعادلة المالية الواردة بالبند ١٦,٢ لعدم الانضباط، وأنه بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/١٢ طلبت الهيئة من إدارة الفتوى المختصة إعادة عرض مشروع العقد على اللجنة الأولى، على سند من أن كتاب اللجنة الأولى بشأن مراجعة العقد تضمن حذف المعادلة المالية الواردة فى البند ١٦,٢، وبالرغم من ذلك لم تتضمن نسخة العقد المعتمدة من اللجنة والمرفقة بالكتاب المشار إليه حذف هذا البند، وأن مشروع العقد الذى راجعته اللجنة الأولى تضمن حق طرفيه فى اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوب أى خلاف بينهما، فى حين أن الهيئة تتمسك بما ورد فى البند التاسع عشر من العقد الأصلى من اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى أى نزاع ينشأ بين طرفيه، وبعرض الموضوع على هيئة اللجنة الأولى لقسم الفتوى قررت بجلستها المعقودة فى ٢٠١٠/٤/١٤ إحالته إلى الجمعية العمومية لما آنسته فيه من أهمية وعمومية .

ونفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ١٣من أكتوبر سنة٢٠١٠م الموافق ٥ من ذى القعدة سنة ١٤٣١هـ ، فتبين لها أن المادة (١٥٧) من الدستور تنص على أن "الوزير هو الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته....."، وأن المادة (١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ تنص على أن " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كان طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر، أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك"، وأن المادة (٢٣) من ذات القانون تنص على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقًا مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان الشرط صحيحًا في ذاته"، وأن قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٨٣ بإنشاء الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة ينص فى المادة الأولى منه على أن " تنشأ بمحافظة الجيزة هيئة عامة تسمى " الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة " مقرها مدينة الجيزة تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع محافظ الجيزة..." وينص فى المادة الرابعة على أن "مجلس إدارة الهيئة هو

السلطة العليا المهيمنة على شئونها ... وله على الأخص: .... ٦- إبرام عقود الأعمال والتوريد وغيرها من العقود اللازمة لسير العمل والإشراف على تنفيذها... " وينص فى المادة السادسة على أن " يبلغ رئيس مجلس الإدارة قراراته إلى المحافظ خلال أسبوع على الأكثر من تاريخ صدورها، ولا تكون هذه القرارات نافذة إلا بعد اعتمادها من المحافظ كتابة . وتعتبر قرارات المجلس نافذة إذا لم يعترض عليها المحافظ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بها"، وينص فى المادة السابعة على أن " يتولى رئيس مجلس إدارة الهيئة إدارتها وتصريف شئونها ... ويكون مسئولاً... وكذلك عن تنفيذ قرارات مجلس الإدارة ... ويمثل رئيس مجلس الإدارة الهيئة فى علاقاتها بالغير وأمام القضاء".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم ــ وعلى ما جرى عليه إفتاؤها من أن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذى الولاية العامة فى نزاع يتعلق بعقد إدارى هو الاستعمال الطبيعى لحق التقاضى، أما لجؤها فى ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو ما لا تملكه جهة عامة، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة، وتخويل صريح يرد من عمل تشريعى، وأن صلاحية جهة الإدارة لإبرام العقد الإدارى وفق شروط الإبرام وإجراءاته التى ترد بالقوانين واللوائح لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة فى إبرام شرط التحكيم، باعتبار أن هذا الشرط وفقاً لحكم المادة (٢٣) من قانون التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى من حيث الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار، ولما كان قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المشار إليه قد أجاز للجهات العامة الاتفاق على التحكيم لفض المنازعات التى تنشأ بينها وبين الجهات الخاصة المتعاقدة معها بشأن العقود الإدارية، وذلك بشرط أن يكون هذا الاتفاق بموافقة الوزير المختص باعتباره الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته طبقاً لحكم المادة (١٥٧) من الدستور، أو من تكون له سلطة الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، بحيث يكون لما يتخذه من قرارات فى شأن الشخص الاعتبارى العام الذى يتولى رئاسته أو إدارته صفة النهائية ولا يحتاج لنفاذه إلى تصديق أو اعتماد من سلطة أعلى، أما إذا كانت هذه القرارات تحتاج إلى تصديق أو اعتماد من سلطة أعلى فمن ثم تكون هذه السلطة هى المختصة دون غيرها بالموافقة على شرط اللجوء للتحكيم فى شأن منازعات العقود الإدارية المبرمة بين هذا الشخص الاعتبارى العام وأى جهة خاصة ولا تستطيع أن تفوض غيرها فى

ممارسة هذا الاختصاص، وذلك إعمالاً لصريح حكم المادة (١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المشار إليه.

كما استظهرت الجمعية العمومية أن مجلس إدارة الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة هو الذى يتولى إبرام جميع العقود اللازمة لسير العمل بها والإشراف على تنفيذها، إلا أن ما يتخذه المجلس من قرارات فى هذا الشأن لا يصبح نهائياً إلا بعد اعتماده من محافظ الجيزة كتابة، أو عدم اعتراضه عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بها إعمالاً لنص المادة السادسة من قرار إنشاء الهيئة سالف البيان، وهو الأمر الذى يبين منه أن محافظ الجيزة هو الذى يتولى اختصاص الوزير فى شأن الهيئة المشار إليها، وبالتالى يكون هو صاحب الاختصاص الأصيل فى شأن الموافقة على اللجوء إلى التحكيم لفض أى نزاع ينشأ بين الهيئة العامة للنظافة والتجميل بمحافظة الجيزة وأى جهة خاصة، ولا يجوز أن يفوض غيره فى ممارسة هذا الاختصاص، بيد أنه يتعين أن يكون ذلك بناءً على طلب من مجلس إدارة الهيئة بحسبانه السلطة العليا المهيمنة على كل شئونها وهو الذى يتولى إبرام العقود والإشراف على تنفيذها، ومن ثم فإن قرار اللجوء إلى التحكيم يتعين أن يصدر عن مجلس الإدارة ويرفع إلى المحافظ شأنه شأن باقى قرارات المجلس الأخرى، لكنه يختلف عنها فى أن إرادة المحافظ لابد أن تتجه مع إرادة مجلس إدارة الهيئة إلى قبول التحكيم وسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالعقد.

ولما كان البين من الاطلاع على مشروع العقد المعروض أنه تضمن فى البند (٢٥) منه النص على حق طرفيه فى اللجوء إلى التحكيم لفض أى نزاع ينشب بينهما، ولم يثبت من الأوراق صدور أية موافقة صريحة من محافظ الجيزة على هذا البند مسبوقة بموافقة مجلس إدارة الهيئة، فمن ثم يكون إدراج هذا البند فى مشروع العقد فاقداً لأساسه القانونى السليم، ولا جناح على مجلس إدارة الهيئة إذا أرتأى حذف هذا البند والعودة إلى الأصل العام فى الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية بمعرفة محاكم مجلس الدولة.

ولاحظت الجمعية العمومية أنه فيما يتعلق بما أغفلته اللجنة الأولى لقسم الفتوى من حذف البند ١٦,٢ من نسخة العقد المراجعة بمعرفتها والمعتمدة منها، فإنه بالرغم من إثبات هذا الحذف فى كتاب اللجنة المبلغ إلى الهيئة فإن النسخة المرسلة رفق الكتاب لم يتم بها هذا الحذف، فإن ذلك لا يعدو أن يكون خطأ مادياً يتعين المبادرة إلى تصحيحه بمعرفة اللجنة.

ولما كانت اللجنة الأولى طبقاً لأحكام قانون مجلس الدولة هى المنوط بها إجراء مراجعة مشروع العقد المعروض، وصاحبة القول الفصل فى شأنه ، فإنه لا مناص من إعادة أوراق الموضوع إليها لتجرى شئونها فيه فى ضوء هذا الإفتاء.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى : ــ

أولاً : ــ عدم جواز إدراج شرط التحكيم فى مشروع العقد المعروض طالما أنه لم يصدر بذلك قرار من مجلس إدارة الهيئة متوجا بموافقة صريحة من محافظ الجيزة على ذلك .

ثانياً : ــ إعادة مشروع العقد إلى اللجنة الأولى لقسم الفتوى لإعمال شئونها نحو إكمال مراجعته فى ضوء هذا الإفتاء .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،

تحريرًا في: ٨ /١١/ ٢٠١٠

رئيس

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار الدكتور/

محمد أحمد عطية

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

سهير///

عبده//